

## GOEDERENRECHT

Mr. J. van Kralingen

## Jurisprudentie

*HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2192, zekerheidsrechten, faillissement, vermenging (art. 5:15 BW), natrekking roerende zaken (art. 5:14 BW), vermenging verpande en onverpande aluminium, ontstaan pandrecht op een aandeel in de nieuwe zaak, substitutiepandrecht, maatstaf voor aanwijzing hoofdzak bij vermenging gelijksoortige roerende zaken (art. 5:14 lid 3 BW)*

De Hoge Raad heeft op 14 augustus van dit jaar een arrest gewezen waarin hij enkele belangrijke overwegingen heeft gewijd aan de vermenging van gelijksoortige roerende zaken en de rechtsgevolgen van een dergelijke vermenging voor het zekerheidsrecht dat op één van de vermengde zaken rustte. De kern van deze overwegingen is dat in de meeste gevallen van vermenging van gelijksoortige roerende zaken een *nieuwe* zaak ontstaat en dat artikel 5:15 BW in verbinding met artikel 5:14 BW in dat geval met zich meebrengt dat, anders dan het hof in de voorliggende zaak had geoordeeld (r.o. 4.11.5 arrest hof), van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd (r.o. 3.7.4).

De feiten van de zaak waren als volgt. Het Zwitserse bedrijf Glencore AG (Glencore) leverde aluinaarde, een grondstof voor het maken van aluminium, onder eigendomsvoorbehoud aan de Zeeuwse Aluminium Company NV (Zalco). Glencore had tevens een pandrecht bedongen op het aluminium dat door Zalco werd geproduceerd uit de door Glencore geleverde aluinaarde.

Op 13 december 2011 ging Zalco failliet. Ten tijde van het faillissement bevond zich vloeibaar aluminium in de ovens van de aluminiumsmelterij van Zalco. Op dit vloeibare aluminium was door Zalco voor het faillissement rechtsgeldig een pandrecht gevestigd ten behoeve van Glencore. Het aluminiumproductieproces werd echter niet stilgelegd op de dag van het faillissement. De ovens van de aluminiumsmelterij (ruim 400 ovens in totaal) bleven tot enkele dagen na het faillissement aluminium produceren.

Op het aluminium dat op de dagen ná het faillissement was geproduceerd kon Zalco geen geldig pandrecht ten behoeve van Glencore vestigen, aangezien Zalco door het faillissement beschikkingsonbevoegd was geworden (art. 23 jo. 35 lid 2 Fw). In de ovens bevond zich derhalve na datum van het faillissement zowel verpand als onverpand vloeibaar aluminium. Dit vloeibare aluminium is na de beëindiging van het productieproces gestold en aan de smeltovens vastgekoekt.

Toen Glencore wilde overgaan tot verwijdering en executie van het gestolde aluminium ontstond er een conflict tussen Glencore en enkele andere schuldeisers van Zalco (Zeeland Seaports NV en Nationale Borg-Maatschappij NV, hierna: de schuldeisers) over de vraag of Glencore een pandrecht had op het aluminium in de ovens.

De schuldeisers stelden, kort gezegd, dat het pandrecht van Glencore op het aluminium teniet was gegaan door natrekking van het aluminium naar de smeltovens c.q. de fabriek (het natrekkingsverweer), dan wel dat het pandrecht van Glencore al op een eerder tijdstip door vermenging van het verpande aluminium met het onverpande aluminium was teniet gegaan (het vermengingsverweer).

Het Hof's Hertogenbosch heeft artikel 5:15 BW (vermenging) en 5:14 BW (natrekking roerende zaken) toegepast op de casus. Artikel 5:15 BW verklaart bij vermenging van roerende zaken dezelfde regels als bij natrekking van roerende zaken (art. 5:14 BW) van toepassing. Op basis van artikel 5:14 lid 1 BW gaat de eigendom van een roerende zaak die een bestanddeel wordt van een andere roerende zaak die als hoofdzak is aan te merken over op de eigenaar van deze hoofdzak. In lid 3 van hetzelfde artikel wordt bepaald dat een zaak als 'hoofdzak' kan worden aangemerkt als deze zaak de andere zaak 'aanmerkelijk' in waarde overtreft of volgens de verkeersopvatting als hoofdzak wordt beschouwd. Indien er geen hoofdzak is aan te merken, bepaalt lid 2 van artikel 5:14 BW dat er door vermenging een nieuwe zaak ontstaat waarvan de eigenaren van de oorspronkelijke zaken mede-eigenaar worden.

Het hof oordeelde dat het verpande aluminium dat zich op de datum van het faillissement in de ovens bevond was vermengd met een 'aanzienlijk grotere hoeveelheid' (r.o. 4.11.6 arrest hof) onverpand aluminium. Volgens het hof moest de 'aanzienlijk grotere hoeveelheid' onverpand aluminium als hoofdzak worden aangemerkt en zou het verpande aluminium als bestanddeel door het onverpande aluminium zijn nagetrokken (art. 5:15 jo. 5:14 BW). Indien een hoofdzak een bestanddeel natrekt dan volgt volgens het hof uit de wettelijke regels (het hof doelt waarschijnlijk op art. 3:81 lid 2 BW) dat wanneer op het bestanddeel een beperkt recht rustte, dat beperkte recht door vermenging tenietgaat (r.o. 4.11.5 arrest hof). Derhalve was volgens het hof het pandrecht van Glencore dat op een deel van het aluminium rustte tenietgegaan. Het hof kwam niet meer toe aan het natrekkingsverweer van de schuldeisers.

Glencore stelde tegen het arrest van het hof cassatieberoep in. Glencore voert in cassatie kort gezegd aan dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn

getreden en dat het hof bepaalde feitelijke stellingen onvoldoende heeft gemotiveerd. De Hoge Raad acht deze klachten gegrond, vernietigt het arrest van het hof 's-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden (r.o. 3.5-3.6).

Hoewel de Hoge Raad al casseert op basis van deze klachten, voegt de Hoge Raad nog ten overvloede een bespreking toe van onderdeel 3, waarin Glencore klaagt over het oordeel van het hof dat een beperkt recht door vermenging tenietgaat indien door vermenging een *nieuwe* zaak ontstaat (r.o. 4.11.5 arrest hof).

De Hoge Raad geeft ten eerste aan dat, zoals het hof ook had geoordeeld, indien er een beperkt recht op een zaak rustte die door vermenging bestanddeel wordt van een hoofdzaak, het beperkte recht tenietgaat (r.o. 3.7.4). Indien er sprake is van vermenging van twee gelijksoortige roerende zaken waarvan *geen* van beide als hoofdzaak kan worden aangemerkt gaat weliswaar het pandrecht teniet dat op één van de vermengde zaken rustte, maar ontstaat er volgende de Hoge Raad van *rechtswege* een vervangend pandrecht:

'Art. 5:15 BW brengt in verbinding met art. 5:14 BW in een zodanig geval [bij vermenging van twee zaken waarvan geen van beide als hoofdzaak kan worden aangewezen, *red. JvK*] mee dat van rechtswege een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak ten behoeve van degene die het pandrecht op de door vermenging tenietgegane zaak had gevestigd. Weliswaar is dit niet met zoveel woorden in de genoemde artikelen geregeld, maar het strookt met de inhoud en strekking van die bepalingen (...) (r.o. 3.7.4)

De Hoge Raad overweegt bovendien dat in het geval van vermenging van twee gelijksoortige roerende zaken meestal geen hoofdzaak kan worden aangewezen. Hij geeft aan dat in geval van vermenging van gelijksoortige zaken de verkeersopvatting geen bruikbaar criterium geeft om een zaak als hoofdzaak aan te merken en dat dus uitsluitend beslissend is of één van de zaken de andere aanmerkelijk in waarde overtreft. Gezien de rechtsgevolgen (verlies van recht) dient volgens de Hoge Raad niet snel te worden aangenomen dat het waardeverschil tussen de zaken 'aanmerkelijk' is (r.o. 3.7.5).

Met andere woorden: bij vermenging van gelijksoortige roerende zaken waarop een zekerheidsrecht rust, zoals in casu het aluminium, ontstaat er meestal een nieuwe zaak waarop een nieuw pandrecht ten behoeve van de zekerheidsnemer komt te rusten.

De Hoge Raad stelt bovendien uitdrukkelijk dat van *rechtswege* een nieuw pandrecht ontstaat op een aandeel in de nieuwe zaak. Het faillissement van de eigenaar van de zaak (in casu van Zalco) verhindert dus niet dat er een nieuw pandrecht ontstaat (r.o. 3.7.6).

Aangezien het hof niet was toegekomen aan het natrekkingsverweer van de schuldeisers, wordt aan dat verweer in cassatie ook geen inhoudelijke aandacht besteed. De Hoge Raad stelt in rechtsoverweging 3.10 echter wel dat 'na verwijzing ook het (...) natrekkingsverweer zijn (zelfstandige) betekenis behoudt.' Het is dus nog steeds de vraag of Glencore een pandrecht heeft op het aluminium.

Waarnemend A-G Hammerstein concludeerde ook tot vernietiging van het arrest van het hof.

## Literatuur

- S. Baegen, S. Bartels & D. Meijeren, 'What's in a mantelbuis?', *NTBR* 2015, afl. 6, p. 174-179;
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem e.a., 'Het belang van zekere zekerheid voor de financiering van het bedrijfsleven', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 200-207;
- T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhanke-lijke opstalrecht', *WPNR* 7075 (2015), p. 757-764;
- N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Eigenlijke (wette-lijke) en oneigenlijke (contractuele) lossing', *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 235-238;
- W.G. Huijgen, 'Erfpacht/opstal en beëindiging op grond van het algemeen belang; een oude controverse beslecht', *JBN* 2015, afl. 9, nr. 39;
- J.E. Jansen, 'Drie uitspraken over erfpacht, inbezit-neming en art. 3:105 BW', *MvV* 2015, afl. 9, p. 255-263;
- T.C.M. Kok, 'Over de overdraagbaarheid van "voorwaar-delijke eigendom". Moet de Hoge Raad de huidige trend in de literatuur volgen?', *WPNR* 7072 (2015), p. 686-692;
- R. Mellenbergh, 'Contractuele afspraken met goederen-rechtelijke werking: het onoverdraagbaarheidsbeding, eigendomsvoorbehoud en overwaardearrangement', *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 42-52;
- P.J. van der Plank & M.E. Witting, 'De invloed van ver-krijgende verjaring op beperkte rechten die rusten op de grond', *NTBR* 2015, afl. 8, p. 233-238;
- P.J. van der Plank, 'De introductie van drijvende perce-len', *WPNR* 7071 (2015), p. 662-666;
- F.J. Vonck, 'Eigendom van onbevoegd of in eigen grond aangelegde netten', *WPNR* 7071 (2015), p. 654-661;
- W.J. Zwolve, "You can't have your cake and eat it". art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Ne-derlands trustrecht', *RMThemis* 2015, afl. 4, p.139-151.